

第三回『立憲と法治』

19世紀日本における「立憲主義」

菅原 光

1. はじめに

私自身の思いとして、「立憲主義という言葉はさっぱり分らん」というところから、今日の発表は出発しています。立憲主義が分からないと思って、自分なりに調べてきた成果を報告しようというわけですが、今日の榎先生のお話を聴いて分かった感じになってきたので、これはもう私の話はいらないのではないかと（笑）、ちょっと困ったなと思っているのですけれども、すぐに発表の内容を変えるなんてことはできませんので、私なりに調べて来たことということで、お話をさせていただきたいと思います。

私自身、立憲主義ってさっぱり分らないと思っていたので、憲法の世界でどういうふうに扱われているのかということをちょっと調べてみたのですが、樋口陽一先生という憲法学の重鎮の方がおられます。この先生が1973年に『近代立憲主義と現代国家』という本を書いておられます。この本について、先生ご自身が、1998年になって『憲法』の中で回想しているのですが、それによると、この著書のタイトルに「近代立憲主義」という言葉を使ったのは、何気なくつけたというわけではなく、当時としてはかなり強い意図を含めてつけたらしい。立憲主義という言葉が殆ど使われていないという、当時の憲法学界への異議申し立てのつもりがあったとのことでした。敢えて「立憲主義」という言葉で憲法を語る、という決意表明のようなものだったらしいのです。1970年代までは、憲法学の世界では、立憲主義という言葉はそれほど一般的ではなかった、ということになります。私は歴史系の研究者なので、立憲主義という発想が生まれた原初のところから理解してみたいと思っていまして、それで憲法学の視点からアプローチしたのでは、そういうところには接近できないのだなと思ひまして、別の視点からアプローチしようと思ったのです。

そこで出てくるのが歴史学とりわけ明治史研究の領域なのですが、明治史研究の領域では、立憲主義とか立憲制、或いは立憲政治という言葉は、かなり昔から非常にホットなトピックでした。大正デモクラシーで有名な、皆さんもよくご存じの吉野作造先生等々、錚々たる先生方が立憲主義、立憲政治について研究してきました。ところが困ったことに、これらの優れた先生方の本を読んでではみたものの、結局、立憲とは何かということはよく分からないのです。何故分からないかというと、先生方にとっては、立憲とか立憲主義っ

て、当たり前のことなんです。当たり前過ぎて、説明する必要がないと思っている。なので、事実関係を書いて、「こうして立憲主義の成立に向けた思想的営為が明らかになったのだ」とかいうのですが、何が明らかになったのか、さっぱり分からないというのが、私の印象でした。

そこで、これはしょうがないので、先人たちの研究を読むことによって理解するというのではないアプローチをしなくてはならなくなりました。レポートを書く際の学生のようにすけれども、ではということで、まず辞書を調べてみました。もちろん、私も歴史研究者の端くれですから、今日の『広辞苑』のような辞書ではなくて、幕末明治期に書かれた辞書類をいくつも調べてみまして、いつ頃に「立憲」という言葉が発明され、定着していったのかということに加え、その当時の意味を探ってみました。明治14年に書かれた『哲学字彙』という有名な辞書がありますが、辞書のレヴェルで言うと、おそらく、ここで初めて「立憲」という言葉が使われたようです。Constitutional governmentの翻訳語として「立憲政治」という訳語が使われています。明治29年の『日本大辞典』などでは「立憲」を「憲法を立ててあること」、「立憲政体」については「憲法を立てゝ之に拠りて統治する政体」と書かれていました。つまり立憲主義というのは「憲法を立てる主義」という意味だった。というわけで、立憲政治とは、「憲法を立てそれに基づいて政治をすること」だということが分かりました。「立憲主義に反する」などといった批判が向けられることもあります。現在の日本では憲法は立ててありますし、政治も憲法に基づいて行われていますので、現政権の政治が「立憲主義に反する」などということとはなかった、ただの誤解だったということが分かりました。以上で私の発表は「お・し・ま・い。。。ということになりそうなんです、それでは余りにもお粗末ですね。そしてまた、それだけでは話は終わりません。

実は、歴史学の立場からすると、憲法は立憲成立史においてはとても新しい視点で、憲法が全然出てこない段階から立憲ということが語られているのです。憲法を立てる主義として立憲主義を捉えたとすれば、その憲法という言葉も知らないような時代から立憲が語られるというのは変ですよ。そういう変な状況が日本の歴史にはあるのです。憲法とは無縁なところで立憲が語られてきたのです。ですから、やはりここでおしまいにするわけにはいかないのです。

2. 憲法か議会か——立憲という語の成立前史

そこで見てみなければならないのが、議会という視点です。日本人が西洋の政治制度に馴染んでない時代から西洋のどこにどのような国があるのかといったことを書いた地理書の中に、政治制度に関する若干の紹介がありました。「この海のこちら側にはこのような国があって、この国ではこのような政治制度が取られています」というようなかたちで、政治制度が紹介されていました。本格的な理論や理屈が書いてあると理解できなかったかもしれないような時代ですが、地図にちょっとだけそのような記述がついている、という程度の説明は、当時としてはちょうど良かったということがあるのだと思います。こういった書物を通して、西洋にはどうも議会というものがあるらしいということが江戸時代から知られておりました。そして、それはとても素晴らしいものだという感覚を、当時の日本人は得ていました。「皆で話し合って何かを決めるのはいいことだね」という感覚はあり、しかし、徳川政権の政治はあまりそうならないように思える。「もっと話し合いを取り入れた方がいいかね」という議論として受け入れられていたのです。

幕末の頃になると、「公議政体論」とか「公議会論」とか言われる議論が盛り上がっていきました。今までは徳川政権が全てを牛耳っていた。でも、これからはそうもいかない。少なくとも、薩摩とか水戸とかいった有力な藩の意見はもっと聞くべきであろうという話になってくるわけです。そうした中でも部分的には、西洋では議会というものがあるという話が導入されていきます。徳川政権においても議会のようなものを作ろうじゃないか、というのです。もっとも、その場合にメンバーになるのは有力藩の藩主とか、そういう人たちに限定されるのですが、それでも、今までになかったことです。こうして議会の萌芽ともみなされるような発想が出てくることになったのですが、そういった時にも、憲法の存在は、やはり視野には入っていません。議会的なものを作ろうじゃないか、徳川の独裁を止めようじゃないか、というかたちで議会には関心が向きますが、憲法は出てきていないのです。明治時代の自由民権運動にしても、最大の焦点は国会開設運動です。確かに自由民権運動の立場から憲法草案なども出てきますけれども、メインになったのはやはり国会開設運動でした。立憲主義の成立史を見てみると、憲法へのまなざしがなかった時代から、立憲へのまなざしがあった。立憲は必ずしも憲法に収斂されていないわけでした、議会という要素も加味して考える必要があると思います。

こうして歴史的に見てくると、立憲主義というのは要するに議会と憲法との2つの要素を併せたものとして理解することができるでしょう。ということで、現政権は確かに議会

を重視していないような雰囲気もあるので、ちょっと立憲主義的ではないかな？もっと議会を重視すべきだ、などという教訓めいたことを語って、私の話は、「お・し・ま・い」。。。というわけには、やはりいきません。「これって、新しい考え方なの？」という疑問が起り得るからです。立憲主義は議会と憲法を作ろうとする立場である。それはいいでしょう。でも、それって大したことではないじゃないか。江戸時代においても既に、その程度のものはあった、という言い方ができるんじゃないかとも思うんです。

江戸時代には、確かに憲法は存在しませんが、あたかも憲法があるかのようなかたちで政治が運用されている面もありました。憲法がないからといって、為政者は完全に自由に勝手きままに権力を行使できたのかといえば、そんなことはありません。最も大きなところでいうと、江戸時代の為政者は前例に拘束され続けていました。権力者といえども、過去に行われてきたのと違うやり方で政治をすることは、かなり難しいことでした。今までと違うことをしようものなら、権力者内部でも異論続出ですし、民衆でさえ「去年までとは違うぞ」という言い方であれば、権力者に対してもかなり強力に文句を言うことができました。そういうかたちで権力の行使が前例によって拘束されていました。確かに憲法典、文字に書かれた憲法は無いけれども、あたかもそれがあのように、権力行使には一定の制限が課せられていたとは言えるのです。

あるいはまた、話し合いによって意志決定していくという議会的な要素も、実は普通にありました。例えば複数人いる老中は月番交代になっていまして、月ごとに交代して政治を担います。誰か一人が、常に権限を握り続け、行使し続ける形にはなっていないわけです。そしてまた、大抵のことはルーティンワークで済むのですが、たまに「ちょっとこれは困った」と思うような重大事件が発生したりもします。そういう時には老中一同集まって、合議をし、話し合いをして、結論を導き出していました。言ってみれば、これも一種の議会的な発想ですよ。誰か一人が決めればいいと言うのではない。大事件が発生したら、皆で合議して決めましょうという慣習があった。もちろん、こういう慣習と近代の憲法、近代の議会は違います。もちろん水準は違う。けれども、江戸時代末期から明治時代初期にかけての憲法や議会についての議論も、だいたいその程度のもので、江戸時代的水準から、それほど大きく一挙に変わっているとは言えない。とすれば、幕末から維新にかけての立憲をめぐる動きにそれほど注目する必要があるのか、という疑問があり得るのです。

それから、現代の私たちから見てどうか、ということも考えてみたい。立憲主義が議会

と憲法をめぐる言説だとするならば、これは私たちにとって既に「どうでもいい」話ではないでしょうか。日本の歴史を紐解いてみれば、1889年に大日本帝国憲法が成立しています。そして現在、その改正というかたちで日本国憲法を私たちは持っています。議会についてみても、1890年に開設済みです。もちろん、現代の日本にも、二院制の国会があります。議会も憲法も、私たちにとっては獲得済みです。既に持っているものであって、課題ではない。目指すべき理想ではなくて、既に達成してしまった、過去においてのみ課題だった歴史的遺物として立憲主義はある、ということになる。そうしてみると、立憲という語は、死語化する必然性があった、とも思えてくるわけです。

3. 思想としての「立憲」主義

こうやって考えてきてみると、どうも私がここまでアプローチしてきたやり方では、思考が深まっていけないということに気がきます。さらに考察を深めたいと思うならば、別のアプローチが必要です。単に制度として議会的なものを取り入れようとか、憲法を作ろうとかいう視点だけではなくて、そこにどんな意味があるのかということ解釈してきた思想家たちの営みを少しみていきたいと思います。

そこで登場してくるのが加藤弘之です。加藤弘之は幕臣として徳川政権を支えましたが、維新後、当時は名前は違いましたが、今の東京大学の総長なども務めた有名な学者です。おおよそ、福澤諭吉と同時代を生きた人物です。彼が1862年に書いた『隣草』という書物は、著名な研究者たちによって、日本で書かれた初めての立憲政治論である、先駆的であり、永久に不滅の業績である、などと言われ続けてきました。加藤はそこで、「上下分権」という政治体制について分析するというように焦点を定めます。君主専制と貴族政治の問題は明らかなので、「上下同治」と「上下分権」とが現実的な課題になると彼は言っています。このうち「上下同治」は、君主を持たない共和制のようなイメージで捉えれば良いでしょうか。これは確かに理想的ではあるけれども、非現実的だと言います。君主がいない体制を我々は経験したことがない。そんな中でいきなり人々が皆な平等でやっていこうというのはあり得ない。そう彼は考えています。それは先々の理想だというわけです。そうすると現実的に考えるべきは「上下分権」だけとなります。「上下分権」という政治体制こそが、短期的な、もしくは中期的な意味での理想として捉えられるのです。「君主万民の上に在りて之を統御すと雖ども、確乎たる大律を設け又公会と云へる者を置て主権を殺ぐ」政体、それが加藤のいう「上下分権」です。公会、つまり、西洋の議会制と大律つ

まり憲法の内容を重視している。この書物が初めて立憲に関心を持った著作とされる理由も分かる気がします。ただし、これを詳しく読んでいくと、中味はどれも薄いと言わざるを得ないような面もあります。議会制とか憲法とかが、なぜ大事なのか。彼がこの書物で語っているところによると、議会があつたり憲法があつたりすれば和氣藹藹とした雰囲気ができるよね、ということなんです。古き良き時代には人民も天皇も和氣藹藹として暮していた。そういう理想状態が古い時代にはあつたんだ。その状態に復歸するには、公会と憲法があると良い。そういう言い方です。憲法がまさに憲法として機能するとか、議会の中で様々な論議が戦わされて結論が出るとか、そういう話にはなっていません。討論によって真理が発見されるということでもなければ、国民の政治参加が重要だという議論でもない。そしてそもそも、「立憲」という言葉は使われてもいません。

「立憲」という言葉が初めて使われたのは、同じ加藤弘之が1868年に書いた『立憲政体略』という書物です。これこそが、「立憲」という言葉が世界史上初めて使われた書物です。現在の日本でも、そして中国や韓国でも、立憲という語は使われ続けていますが、それは加藤が発明し、その後、定着し続けてきた語なわけです。そこでは、『隣草』にはなかった、次のような新しい視点が出て来ています。「君権ややもすれば専肆にいたるの恐れあるがために、天下の大権をもってこれを三類に分ち、官員をあて、君主これを統括す」。君主はどうしても権力に驕りたかぶって逸脱してしまうことがある。なので、三類に権力を分かち。現代でいうところの三権分立です。そしてそれぞれの権力にそれぞれの担当者を付けていく。権力分割による権力制限という視点がここで新たに登場しているわけです。これは単に古き良き時代への復歸というのを超えた視野を持っていると思います。加藤弘之の思想、立憲政体論は、『隣草』の段階から『立憲政体略』の段階へと飛躍を遂げた、と言えるでしょう。この飛躍の背景には、『泰西国法論』（1868年）という本の影響があつたと言われています。

蕃書調所 徳川政権が作っていた学問機関、西洋についての調査機関、現在でいえば研究所に相当します の同僚だった津田真道、西周といった哲学者たちが、日本人として初めて西洋（オランダ）に留学し、ライデン大学のシモン・フィッセルリング教授に西洋の法律学や経済学などのイロハを学びました。フィッセルリング教授から受けた法律学の講義をオランダ語で筆記して帰って来た講義ノートを津田真道が日本語に翻訳して出版したのが『泰西国法論』です。この本は当時の日本に、本格的な西洋法律学を持ち込んだ本として、極めて重要なものです。津田真道、西周たちは実は『隣草』の元原稿をチェックし

ていました。加藤は当初は『最新論』という名前でこの本を書いていたのですが、「最も新しい」という非常に傲慢なタイトルだったので、津田たちが「本のタイトルでこんな傲慢なことを言うてはいけない」とアドヴァイスもしている。タイトルもそれに従って変わりました。中味も相当変化しています。原稿が残っていきまして、どれくらい赤入れがされて修正されたかが分かります。津田や西たちが『隣草』を媒介にして、加藤にかなり多くのことを教えたと思われます。『立憲政体略』が出版される前に、『泰西国法論』の翻訳は着手されており、その出版も『立憲政体略』以前です。人間関係から考えれば、出版される以前からこの『泰西国法論』の内容が加藤に伝えられていた可能性が非常に高い。おそらく『泰西国法論』が『立憲政体略』の種本であったのだろうというふうに思われるのです。

ではこの『泰西国法論』やフィッセルリング教授の授業を受けて、自らの政治構想を打ち立てた津田や西はどのように考えていたのか。やはり『立憲政体略』と同様の視点がそこにかかれています。それによれば、民主政治には短所がある、といえます。我々もそのことには気がついていきますね。分かりやすい毒舌を吐くカリスマ的な人物がいると、私達も短期的には、かなりそれに引きずられてしまうことがあつたりしますよね？一時的には喝采する。もちろん、後になってみると、なんで、あんな馬鹿の言うことを喝采していたんだろう？などと思ったりもしますが、そういう雰囲気になることがある。津田や西の当時には、民主政治のこうした弱点はもっと強く認識されていた。そのこともあって、理想的な政体は「有限君主政体」だといえます。加藤の表現を使えば「上下分権」ということになります。権力を制限するという視点、君主といえども好き勝手なことは出来ないようにすることが重要で、そのために議会を作る必要があるといえます。法律だって、君主が国民と共に作るのが理想。もちろん、君主は名目的な位置づけが与えられるだけで、実際に議会に出張って行って、一緒に議論したりはしません。が、敢えて言えば、議会での議論の様子を見ることで、何が問題なのかということを君主自身が理解することができる。議会での議論を通じて、下々の者たちの気持ちを君主自身が把握することができる、そういう機能もあるといった理解が示されています。あるいは津田真道に即していうと、議会を作ることの利点とは「監督する」こと、会計的な面での監督をすることなどを通して、「政府の専横を防止」することができる、とされています（「政論」1874年）。立法府による行政府への監視、そういう権力の抑制が津田によって議論されています。西周は、「民と共に法を立てて人君が擅まにすることを得せしめぬ」政治体制が重要だと言っています

(「百一新論」1874年)。「近世始めて此有限君主政治を發明し以て天職に背く事無からしむ」(「憲法草案」1882年頃)。君主は天から与えられた職務として国民を統治しているが、しばしば逸脱してしまうので、君主は自ら権力を分割しなければいけない、ということです。そうすることによって、却って君主は自らの天職を全うできるのです。これも津田と西とで共有されていた理解です。

再び加藤弘之に戻りますと、「公会の存在による「人和」の確立」というメインの論点の裏に、大律と公会による王権の制限という思想は、『隣草』の中でも部分的には語られていました。江戸時代末期の一般的な議会構想には見られなかったポイントです。例えば、公議政体論、皆さんの間でも人気のある坂本龍馬なども関わっていたものですが、そこでは王権の制限が議論されたものではありませんでした。皆で集まって決めよう、参加する人数を増やそうということ、「皆」といっても非常に限定的なのですが、いずれにせよ、そこにポイントがありました。それに比べると、加藤の議論は、権力に制限をかけるところに重点があるように思われます。

4. 権力分立論(≒権力制限論)の実態

憲法と議会を通じた権力制限こそが、立憲の本義である。この結論が出たところで、私のお話は、ようやく「お・し・ま・い」。。。。

でも、もう少し突っ込んで考えてみたいと思います。江戸時代の政治の実態を、改めて思い起こしたいのです。合議の重視とか旧慣、慣例を重視するとかいうあり方です。幾つか資料を紹介してみましょう。いずれも、必ずしもそれが良いと言われ続けていたわけではありません。むしろ合議なんて言っているのは駄目だとか、先例や慣習に拘束されていては、クリエイティブな政治はできないというような議論もありました。

新井白石は、1716年頃の『折たく柴の記』で、「皆々評定所留役人といひて、その日の事共しるし置くものどもの申す所のまゝに事決せし也。…天下の刑賞、それらの役人などといふものの心のまゝ事決」す。「前例のごときは私に約せし所、公法にあらず」などと述べています。権力者といえども、先例の通りにしか決することが出来ないことを、彼は疑問視していたわけです。それでは政治がルーティンワークにしかありませんから。伝統がそうだからこれから一切変えられませんかと言ったら、誰がリーダーになっても「改革」などということはあり得なくなってしまうではないか、ということで、そのような実態を問題視していたわけです。

この場には、社会人の方も多くいますので、直感的に分かるのではないかと思いますのですが、どんな組織でも、この論理で改革派と改革反対派とが、対立したりしますよね？皆さんにとっても、日常のことではないでしょうか？新井白石は改革の必要性を感じていました。そうすると、前例にとらわれてはならないのだということになります。しかし、前例によって得をしている人達が必ずいます。既得権益という問題ですね。そしてまた、「改革」をすると、短期的には必ず仕事が増えます。失敗のリスクもあります。「改革」後の状況は、能力主義的な側面が強まることも多いので、それを恐れる人達もいます。そのような一般論に加え、当時の一般社会の常識としては、前例を変えることには非常に高いハードルがありました。新井白石は権力者のブレインになっている人ですけれども、そういう権力者といえども、新たに何かするという事については、これだけのストレスを感じていたのです。白石の主張の可否はともかくとしても、当時の現状の一端は理解できるかと思えます。

また、太宰春台という人物は1729年の『経済録』で、「いつの時に誰人の創けるということも知れず、自然に風俗となりて、吾も人もその習わしに牽れて、同じ様になすを、是上より出たる法令にて、国家の礼式也と思ひ、此の如くせでは叶わぬことと思へり。常の士大夫のみならず、国政を治する人も、習俗にてなし来れる事を、国家の典礼也と思へることあり。是大なる惑也」と述べています。意図的に制定された法令ではない前例を何となく踏襲し続けていくのは問題だ、と彼は言っているわけです。権力者が明確な意図をもって定めた法ならばともかくも、という話なので、白石よりはちょっと緩和された意見かもしれないですが、何となく継続してきた習慣に拘泥するのはダメなんだという主張が為されています。 こういうやり方をしていくと、皆が怠けられるから、能力がない者、意欲がない者にとっては、こんくらいの適当なやり方の方が良いよね、というような不純な動機によって継続してきたような習慣は、打破して構わないし、打破すべきだというわけです。

こういう議論だけがされていたわけでは、もちろんありません。太宰春台の師匠にあたる荻生徂徠は、1727年の『答問書』で「民は習るゝに安んずる物に候。久しく仕習候事は、数代の前生まれぬ先より染入候事故、たとひ悪敷事にては勝手宜敷物に候。...それを急に改候へば、処々に思ひの外なるかけひつみ出来申候。...当分の是非目前の利害を思召候分にては、国の古法を改め候事は宜しからざる事の至極に候」と述べています。彼の議論は、今までの議論とは逆です。古法とか前例とかが規範として持ち得る力を評価する議論がな

されています。確かに改革の理念は正しいかも知れない。でも、何かを改革しても、皆がそれに慣れていない間は、様々な歪みが出て来て、理念通りには進まず、かえってマイナスの効果ばかりになりかねない。それと比べるならば、慣れたままのやり方に従っていくのが良い、という議論ですね。もちろん、徂徠先生も全てを前例踏襲でいくと言っているわけではなく、実は、改革をする際には、前例を踏襲しているように見せかけながらやっていくべきだというような議論もしています。「改革」という看板を掲げて、得意満面に改革をしていくと、必ず抵抗勢力にぶちあたります。なので、改革するにしても、改革していると気付かれないようなやり方で、こっそりやらなければならない、という議論もしていて、これまた興味深いのですが、ここでは、これ以上は踏み込みません。

これまた、白石、春台、徂徠、いずれの議論が正しいかという点は抜きにして、権力者でさえ旧慣や先例に拘束されていたという実態は分かるかと思います。そして、その問題性も理解されながら、しかしその重要性も理解されていた。どちらか一方だけの議論ではありませんでした。江戸時代において既に、問題の所在は理解され、そしてそれについて多様な意見が表明されていたということで、ここは、非常に興味深いところだと思います。

明治初期になっても、似たようなことが起り続けました。法典編纂がまだ整っていない時代のことですから、法律がないにも関わらず裁判をしなくてはならないということがありました。なので、現代であれば、概ね法律の条文の第何条に則って解釈するというかたちで裁判が出来ますが、明治前期ではそれが出来ませんでした。そこで、1875年頃のことですが、太政官からの布告で「民事の裁判に成文のないものは習慣に依りなさい」という指令が出されたりもしました。法律が無いんだから、習慣に拠って常識的に判断しなさいということでしょうか。憲法だけではなく刑法なども作っていかなくてはならない時代ですが、まだそれが追いついていないので、依然として習慣の力を借りるしかなかった、ということです。でもやはり、民間で俗となったような習慣は、踏襲してはならんという、太宰春台のような議論も同時に為されていました。さらに面白い問題につながり得る話だと思いますが、ここでは、このぐらいにしておきます。

こうやって資料を挙げてここまでに見ただけでも確認できるのは、権力を制限する機能を持つなにかのものが江戸時代から明治前期にかけても存在していたということ、重要な大事件があった時には合議しており、その意味では議会的なものがあったと言えなくもないということです。今日はあまり触れるつもりはありませんが、学問の場では、今私が行っているようなこういう講義形式の学習の仕方は宜しくないということも、江戸時代

には常識的に言われていました。一方的な教える教えられる関係ではない学問が尊重されていたからです。大切なのは討論でした。1冊のテキストを全員が事前に読んできて、それについて先生をも含む皆で共に討論をし合う形式が推奨されていた。当時、「会読」と呼ばれていた学習方法で、今でいえば、まさにゼミナールでしょうね。ここから分かるのは、討論の重要性が理解されていたということです。そして旧慣とか古法、先例が、憲法に類するような、権力を制限する役割をも果たしていた。そうすると、さっき見たような、幕末・明治期における立憲に向けた試みというのは、どの程度新しいと言えるのか。江戸時代以来の議論を、西洋から入ってきた言葉で表現し直しただけではないか。そんなふうに見えるかもしれない。

ただし、そのようなことを踏まえて、もう一度加藤弘之らの議論を見直してみると、あることに気付きます。江戸時代までにはなかったポイントが明らかに入っているということです。「三類」という問題です。単なる権力の制限は江戸時代にもありました。理念としてというよりは、事実としてありました。でも、意図的に権力を3つに分割することによって、権力行使の範囲を制限しようという発想は江戸時代にはなかった。江戸時代における権力の制限の一番のポイントは何かといえば、権力は常に腐敗する、暴走する、だから抑制しなければならないのだ、という理解ではありません。これは、私たちの日常の実感としても共感できることではないかと思うのですが、私たちは、権力を持たざるを得ない立場になった時に何を考えるでしょうか？「権力を行使して、ウハウハした状態になりたい、、、」普通はそう考えないように思います。できるだけ権力を行使したくない、そう考えるのではないのでしょうか。できるだけ責任を追及されるような事態になることは避けたいからです。権力を持つことを望まない、権力を持つことによって責任を負うのは嫌だという感覚です。だから、自分から原案を提示するようなことはしたくないし、原案がある場合でも、それを提示することは避けたい。原案を提示するのであれば、最終的には、形だけでも皆の承認をとって、形だけでも合議による決定という形にしておき、その決定によって損害が生じたりした場合でも、責任は皆にあるという形にしておきたい。どうでしょう？そうではないというタイプの方もいるはずですが、ここにいる皆さんにも、かなり共有される感覚ではないですか？端から見れば、無責任極まりなりリーダーで、私たち自身も、下々の者として見聞きした際には、大いに不満を持ちますが、自分自身がリーダーになった際には、やはり、多かれ少なかれ、このような思考に支配されがちではないのでしょうか？江戸時代の権力者にも、同じ感覚がありました。それで、自分たちが責任を

取らないで済むように、先例や旧慣などを持ち出してきていたわけです。改革の責任は、改革の言い出しっぺが負わざるを得ませんが、前例を踏襲して政治をしている限りは、それによって何かの失敗がおこっても、自分だけの責任として追及されるということにはなりにくいわけです。そうやって、事実として権力が制約されていた、権力を制約されたいと思っていたということはあったわけです。しかし、三権の分立によって、権力を意図的に制約するという発想は、江戸時代の政治運用の実態には無かったものだと思います。両者は似ているようでありながら、やはり大きく違っているとも言わざるを得ません。

これについても、津田真道や西周が加藤弘之に教えた側面が少なくなかったと思われます。西周は、まだ明治国家が成立する以前、1867年頃に「議題草案」という、憲法草案にあたるものを書いています。そこには「法を立候権は、法を行候権と、又法を守候権はこれ無く、法を行候権は、法を立候権と法を守候権とはこれ無く、法を守候権は、法を立候権と法を行候権とはこれ無く、三権共皆独立相倚ず候故、私曲自ら行い難し」とあります。立法権は立法権しか持たない、行政権は行政権しか持たないという、単なる権力抑制ではない、三権の分立という議論が出て来ているわけです。ただし、三権の中で司法はどう位置付けられているのかというと、かなり曖昧です。まだ、いわゆる幕藩体制が存続していた頃ですから、司法は全て、地方政府、藩レベルのものとして想定されていて、中央政府のところでは考えられなかったということも大きく影響しているかと思います。だから、司法権は抜きにして、殆ど二権の問題として考えられている。行政権と立法権とを分離させるということが、第一の重要な課題だったという時代状況もあるのかも知れません。三権分立についての理解としては不十分だと見たくするような議論です。しかし『泰西国法論』をよく見てみると、フィッセルリング先生の講義自体もそういう構成になっていました。さらに言えば、フィッセルリング先生も依拠した、しばしば三権分立論の元祖とも目されるモンテスキューの議論でも、司法権の問題は曖昧です。やはり行政と立法の問題がメインなんです。

『泰西国法論』には、「定律の国法に従ば国内に二箇自立の権威ありて匹敵対抗す政府及び代民総会是なり」とあります。政府と代民総会といっているのが立法と行政のことです。ここでも司法権は含められていません。その後も「制法政令の二体」という言い方がされている。三ではなくて、二なのです。ちょっとだけモンテスキューの話をしますと、彼は三権分立を主張した人だとよく言われますけれども、実際には、司法権なんてものは無いほうが良いとまで言っている。何か事件があった時だけ、市民の中から裁判員が集めら

ればよい。その時だけ司法権はあるけれども、それが終われば解散してしまう。裁判所もいないし、裁判官という職業もいない。権力は出来るだけ無い方がいいと考えれば、そうなる。日本のものはまだ不完全かも知れませんが、裁判員制度のようなものを徹底していけばそうなるでしょう。そう考えると、このフィッセリング教授の講義で「二体」すなわち立法権と行政権とに焦点が絞られているというのも、さほど不思議ではないと言えるわけです。

面白いのは、『泰西国法論』では、その二権が単に抑制し合いましょうというのではなくて、「独立して相関渉せずと云ふ説あれど当らず」と言われていることです。立法権と行政権とは「互に和熟して其力を^{あわ}戮すべ」きだということです。三権分立という場合の、お互いに牽制しあうイメージとはちょっと違うことが書かれています。「互いに均勢の状を為し彼此相控制して其偏重を防」ぎながらも、それでいて三権が「分裂特立」することで国が崩壊したりしないようにするのが重要だとフィッセリング先生は強調しています。「自立の二体並立する時は互いに相激し間隙を生ずる患無きを保ち難し」つまり権力を分立して立法府、行政府が完全に分かれてしまうと、お互いに縄張り争いをしてしまう。それでは国がもたなくなる。なので、「予め此患を防ぐ具亦是ある可し」ということです。その「具」とは何か。「根本立法」すなわち憲法です。要するに、順番としてはこういうことです。権力を立法と行政とにまず分割する。分割したその権力の縄張りを憲法でちゃんと定めておいて、どこまでが行政府がやるべきことか、どこまでが立法府がやるべきことを明確にしておく。そのうえで、どうやって両者が協力するかということも憲法で明確化しておく。そういうことが語られていました。こうした点が江戸時代における議論とかなり違うところでもありますし、今日からみても、ユニークなポイントではないかと思えます。

もちろん、明治国家成立後になると、司法権の位置づけははっきりしてきて、確かに三権分立といえるような体制になっていきます。しかし、ここからまた実は別の問題も出てきます。三権分立と天皇の存在との関係です。三権の中で天皇はどういう位置づけになるんだ、ということです。先ほど、榎先生のお話にもありましたが、三権は分立されているが、天皇がその上に君臨している、ということになると、分立している意味は殆どなくなってしまう。これが一つの理解です。しかしまた一方で、三権分立ということになれば、天皇までもが司法による制約を受けるのか、立法による制約を受けるのか、という問題が出てきます。それは、「神聖にして侵すべからず」とされる天皇の存在を考えた時に、問題

ではなかろうか。そういう議論もありました。そんな中で、西周は、明治期になって作った憲法草案の中で、天皇は行政権を持つとハッキリ規定していました。これは、逆に言う
とそれは、行政権しか持たないという明言でもありました。天皇を被告とする裁判という
ことも、西の憲法草案の中では想定されていました。西自身は明らかに、天皇までもが三
権分立の中に組み込まれるかたちで政治を構想していました。

もっとも、それが妥当かどうかは分かりません。単に楽観的だったというだけかも知れ
ない。本当に天皇を被告とする裁判が起きて、有罪が確定したら、その時、大日本帝国は
どういう感じになるのでしょうか。天皇を中心とした一体感のようなものは成り立たないで
しょう。成り立たなくても良いという見方も出来るけれども、成り立たなくてバラバラに
なるのだとしたら、それで本当にいいのかどうかは、かなり現実的な問題です。だから、
明治憲法の成立に極めて大きな影響力を発揮した井上毅などは、西先生の憲法草案を、他
の数ある草案類の中で最も素晴らしいものだとして絶賛しながらも、とりわけこのポイントを
中心にして、批判せざるを得ませんでした。井上毅だけではなく、福澤諭吉なども同様の発
想を持っていました。立憲制というのは大切なのだが、システムを整えれば良いというわ
けではなく、立憲制を成り立たせるためには何らかの背景が必要なのだ、ということです。
権力の分立という話も、憲法を作ってルール化するんだという話も、本当にそれだけで上
手くいくのだろうか、という問題に、彼らは向き合うわけです。実は同じような問題を現
代の我々も経験しましたね。ねじれ国会です。現在の議会は衆議院と参議院との二院で議
論を尽せるようにしようということにはなっていますが、現実には、衆議院と参議院の意
見が対立した時には、暗礁に乗り上げるしかないわけです。再議決も出来ないくらいの議
席配分だったら、単に「何も決められない政治」が我々の目の前に表われて来る。それで
良いのか？良くないとするならば、どうすれば良いのか。決められないことが良いんだと
言えるのは、決めなくても大丈夫な背景がある時だけです。決めないなら死ぬしかない
という状況ではそうは言えない。相手が困ることになればいい、という感覚を持つ人々が
構成員であったならば、良い制度だってうまくは機能しない。制度がどうであれ、その制
度が上手く運用されていくためには、何らかの背景が必要である。そう考えたのが、井上
とか福澤とかだったと思われます。

福澤などについては意外に思われるかも知れませんが、皇室あるいは天皇を国家の基軸
に据え、それを象徴として使うことによって、余りにも激しい国内での対立は起きない
という発想も持っていたようです。そのための手段として天皇を祀りあげておく、というよ

うな議論をしています。福澤の困ったところは、そのことを公言することなのですが、そして、これは「うそ」なんだという。天皇が我々の中心だなんていうことはないということ、我々はちゃんと知っていて、天皇に敬意もシンパシーもないし、無くて構わない。だけど、皆で一緒に自分自身に「うそ」をついて、そういうことにしておこう。その「うそ」によって、国家の纏まりが出来て、余り激しい対立は起らないようになるんだ、という議論です。これには井上毅が激怒しています。同じことを井上も考えているのですが、だからこそ、「それを言うてはおしまいよ」ということになるのです。いずれにせよ、立憲制という制度の問題だけではない、それが上手く機能するための「何か」が必要なのだという発想があったのです。西や津田にはそういう発想はなかったかもしれない。彼らの発想の中では、如何に制度を作り上げるか、ということが中心だった。どちらが良いのかは、分かりません。仮に井上や福澤のような考え方こそが、より深い洞察があったとすると、現在の我々の現実からして、そういうプランが取れるわけでもありません。井上らが期待したような機能を現在の天皇が発揮し得るわけでもありませんし、日本の伝統などという言い方もどこまでリアリティーがあるのでしょうか？「国民の物語」などという議論も、そう思わない人にとっては意味不明な話に過ぎません。もしかしたら、望むと望まざるとに関わらず、「立憲主義」を機能させる何かなどというものはあり得ないという現実が我々の目の前には拡がっているのかもしれません。そういうものがなければ「立憲主義」は機能し得ないと診断するのならば、「立憲主義」は機能し得ないという結論が出て、諦めること以外にすべきことはありません。とするならば、西や津田は、無い物ねだりをしないという割り切りの中で、ギリギリの所で考えていたということなのかもしれません。

何ができるかという問題は、我々自身の問題として、別途考えて行かなくてはならない問題だと言えるでしょう。というあたりで、今度は、ほんとにほんとの「お・し・ま・い」ということにしたいと思います。ご静聴ありがとうございました。まだまだ、この続きを考える必要があるのだと思いますが、それは、コーヒブレイク後の討論の時間に、皆さんと共にやっていきたいと思います。ちょっと法治の話にも触れようかと思ったのですが、大体ここまでで話の区切りになっておりますので、ここで終わりに致します。ありがとうございました。